# A garantia constitucional do direito de propriedade privada e o sacrifício de faculdades urbanísticas (*)

## 1. O direito de propriedade privada na Constituição

A Constituição da República Portuguesa de 1976 consagra o direito de propriedade privada no seu art. 62.°, inserido no título dedicado aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, por sua vez incluído na parte respeitante aos direitos e deveres fundamentais.

O referido artigo estrutura-se em dois números, que estabelecem, respetivamente, a garantia constitucional da propriedade propriamente dita e a designada garantia expropriatória.

De acordo com o seu n.° 1, "*a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição*".

O n.° 2, por seu turno, limita o recurso à requisição e à expropriação por utilidade pública apenas aos casos previstos na lei e contra o pagamento de uma justa indemnização.

(*) O texto agora publicado corresponde à conferência proferida no XIII Seminário de Justiça Administrativa, que se realizou em Braga nos dias 1 e 2 de Julho de 2011, subordinado ao tema "As novas dimensões da responsabilidade pública", e tem por base a dissertação de doutoramento que entretanto defendemos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa intitulada "O domínio da cidade. A propriedade à prova no Direito do Urbanismo", cuja publicação se encontra no prelo. Dado o contexto e a natureza da intervenção realizada naquele seminário, reduzimos as notas de rodapé ao mínimo indispensável à boa leitura e à compreensão do texto.

### 1.1. Direito de propriedade privada e ordem jurídica pré-constitucional. A recusa do «reconhecimento» e a extensão do conceito constitucional de propriedade

A primeira questão que nos suscita o art. 62.° é que o mesmo não «reconhece» o direito de propriedade privada, mas apenas o garante "*nos termos da Constituição*".

Significa isto, em primeiro lugar, que não se põe o problema da adesão da Constituição a premissas jusnaturalistas. A Constituição não encara a propriedade privada como uma individualidade própria de direito natural, como um *prius* que a antecede e que se lhe sobrepõe.

Significa isto, também, que não se opera uma cristalização do conceito e conteúdo do direito de propriedade privada expressos na legislação ordinária anterior, ou sequer se remete a definição dos mesmos para o legislador.

Conforme refere Jorge Miranda, "*no tocante à propriedade sabe-se que o artigo 62.° a consagra «nos termos da Constituição». Isto implica não tanto que ela é garantida dentro dos limites e dos termos previstos e definidos noutros lugares da Constituição quanto que ela não é reconhecida aprioristicamente, como independente e auto-suficiente; ela é reconhecida e salvaguardada no âmbito da Constituição e em sintonia com os princípios, valores e critérios que a enformam*" ([1]).

([1]) Cfr. Jorge Miranda (1986), "Propriedade e Constituição (a propósito da lei da propriedade das farmácias)", *O Direito*, Ano 106.°/119.°, p. 86.

Nesse sentido, e apesar de não ter sido expresso no texto do art. 62.°, o conceito constitucional de propriedade não se identifica com o conceito civil de propriedade previsto e regulado no art. 1305.° do Código Civil, não assumindo, nem a sua estrutura, nem o seu conteúdo, nem, muito menos, os seus princípios, valores e critérios.

É, aliás, entendimento dominante na doutrina portuguesa que a garantia constitucional da propriedade não abrange apenas a propriedade, enquanto direito real de gozo máximo, ou maior, nem tão-pouco apenas o conjunto dos direitos reais de gozo previstos e regulados no Código Civil, mas todas as posições jurídicas patrimoniais dos cidadãos.

Esta extensão do conceito constitucional de propriedade, a que não é alheia uma correspondente extensão do conceito constitucional de expropriação, vai inclusive ao ponto de incluir no âmbito da sua proteção posições jurídicas patrimoniais constituídas pelo direito público, sempre que estas sejam afetadas por leis expropriatórias.

A garantia constitucional da propriedade alia-se, assim, ao princípio da proteção da confiança, protegendo o cidadão de todas as imposições legislativas ou administrativas que atinjam injusta ou injustificadamente a sua esfera patrimonial e exijam uma compensação, convertendo-se, na expressão de Rey Martinez, numa "*garantia integral do património frente aos poderes públicos*" ([2]).

**1.2.** Propriedade ou propriedades? A pluralidade de estatutos constitucionais da propriedade privada

Outra das questões suscitadas pelo art. 62.° da Constituição consiste no facto de não ser já possível a referência a um conceito unitário de direito de propriedade, marcando assim definitivamente a rutura com as conceções monistas próprias do individualismo possessivo.

Nos termos da Constituição, existem, não apenas uma, mas várias propriedades, a que correspondem diversos estatutos, ora com fundamento na específica qualidade dos seu titular, ora com fundamento na natureza, ou melhor, na transcendência económica e social do seu objeto.

Para além do estatuto da propriedade dos solos urbanos – ou da propriedade imobiliária urbana –, a que nos vamos referir de seguida, podemos encontrar no texto constitucional, dispersos por vários artigos, entre outros, o estatuto da propriedade dos meios de produção, ou bens produtivos (arts. 82.°, 83.° e 86.°), e em especial o regime da liberdade de iniciativa económica e da propriedade de empresa (arts. 61.° e 85.° a 87.°), o estatuto da propriedade agrícola (arts. 93.° a 96.°), o estatuto da propriedade dos bens culturais (art. 78.°), o estatuto da propriedade industrial e intelectual (art. 42.°), e ainda o estatuto dos bens dominiais da Administração (art. 84.°).

Deste modo, além de se estender a diferentes tipos de posições jurídicas patrimoniais, a garantia constitucional da propriedade estende-se também a diferentes tipos de bens, inclusive bens imateriais, indo assim, também por esta via, muito para além da propriedade sobre coisas (*proprietas rerum*) do Código Civil.

A essa pluralidade de estatutos há de corresponder, consequentemente, uma pluralidade de conteúdos do(s) direito(s) de propriedade privada, o que comporta, para além do mais, uma dificuldade "*de articulação entre a realidade dos diversos estatutos e a persistente referência a uma noção unitária de propriedade, não apenas na linguagem, mas em muitos dos materiais normativos que compõem ordenamento*" ([3]).

---

([2]) Cfr. Fernando Rey Martinez (1994), *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 255-256.

([3]) Cfr. Stefano Rodototà (1990), *Il terrible diritto. Studi sulla proprietà privata* (2.ª ed.), Bolonha, Il Mulino, p. 54.

Não se pode, aliás, negar a existência de um *quid* comum a todas aquelas formas de apropriação individual, que se exprime precisamente na garantia comum da propriedade constante do art. 62.º cuja previsão não permite sustentar a dissolução total ou a rutura da unidade do instituto.

Mas, precisamente por ser comum, não se pode também procurar nele aquilo que é específico do regime de um determinado tipo de bem, evitando a tentação de absolutizar o conteúdo do direito a partir de uma pré-compreensão histórica de propriedade, que não tem qualquer correspondência com as indicações dadas no próprio texto constitucional sobre a concreta função social que cada bem desempenha.

Como podemos verificar a propósito da propriedade dos solos urbanos ou, mais genericamente, da propriedade imobiliária urbana, não é possível extrair o seu conteúdo exclusivamente do art. 62.º, sendo mesmo impossível fazê-lo sem uma leitura conjugada com outras disposições constitucionais, nomeadamente com o art. 65.º, onde o respetivo estatuto tem a sua sede.

Este modo de "*organização plural*" ([4]) da propriedade não é, aliás, estranho ao próprio direito civil, que não obstante a sua preocupação obsessiva em afirmar o carácter absoluto e pleno do direito de propriedade sobre todas as demais formas de apropriação privada de bens ([5]), não deixa de reconhecer a existência das designadas propriedades especiais, entre as quais algumas modalidades cujo regime é claramente marcado pela sua vocação urbanística, como a propriedade horizontal ou a propriedade superficiária.

([4]) A expressão é de J. Miguel Lobato Gómez (1989), *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, Montecorvo, p. 365.

([5]) A pluralidade de propriedades, ou de estatutos dominiais, é, aliás, uma constante da história, que a visão unitária da propriedade liberal burguesa veio questionar – sobre a visão histórica do tema, v. por todos Paolo Grossi (2006), *La proprietà e le proprietà nell'oficina dello storico*, Napoles, Editoriale Scientifica.

### **1.3.** A dupla garantia do direito de propriedade privada. Dimensão institucional e dimensão subjetiva

A terceira grande questão suscitada pelo art. 62.º prende-se com a sua inserção sistemática e com a consequente determinação da sua estrutura e regime.

O direito de propriedade privada foi inscrito pelo legislador constituinte num dos capítulos reservados aos direitos económicos, sociais e culturais, acentuando dessa forma a sua dimensão social por oposição à tradição liberal, que privilegia a sua dimensão individual de um espaço de liberdade e de autonomia do cidadão frente ao Estado.

Ao consagrá-la como um direito económico, a Constituição quis, antes do mais, afirmar a função da instituição, garantindo na ordem económica e social a existência da propriedade privada e o livre acesso a ela por todos os cidadãos.

Isso não quer dizer que o direito de propriedade privada esteja integralmente funcionalizado à satisfação de finalidades sociais e não represente um espaço de liberdade pessoal. Apesar da sua inserção sistemática, aquele direito tem também uma dimensão individual de direito de liberdade, sendo, nessa medida, um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias sujeito ao seu regime específico.

Mas quer obviamente dizer que se trata de uma liberdade enfraquecida, sujeita a restrições e limitações de uma intensidade superior ao normal em qualquer outro direito individual. A propriedade apenas é garantida nos termos da Constituição, pelo que é no seu articulado que temos de fixar os seus limites imanentes.

O direito de propriedade privada apresenta, assim, uma estrutura complexa, que comporta uma dupla dimensão.

Por um lado, garante-se o direito de propriedade em termos objetivos, no sentido de pro-

teger uma instituição em torno da qual gira a apropriação privada e o uso privado dos bens. A propriedade privada surge, assim, enquanto princípio de organização económica e social.

Por outro lado, garante-se um direito subjetivo de propriedade, como manifestação de um típico e singular poder concreto sobre as coisas, em íntima ligação com a garantia expropriatória. A propriedade privada surge aqui como um espaço de autonomia do cidadão perante o Estado.

*a) Dimensão institucional*

Já afirmámos que, na sua dimensão institucional, o direito de propriedade privada constitui um princípio de organização económica e social, em torno do qual giram a apropriação privada e a utilização privada dos bens.

Trata-se, pois, de uma garantia institucional.

É difícil determinar qual seja o conteúdo normal, ou mesmo o conteúdo essencial, do direito de propriedade privada, quando analisado sob o prisma institucional.

Os direitos subjetivos contêm um feixe de poderes ou faculdades, sendo, em abstrato, possível determinar com alguma precisão quais dessas faculdades ou poderes integram o conteúdo normal do direito de propriedade, e quais deles não podem ser suprimidos sob pena de descaracterização do direito. O mesmo não se passa com a instituição.

Podemos, contudo, afirmar com toda a segurança que o direito de propriedade proíbe a supressão de uma esfera mínima de apropriação, utilização e transmissão dos bens.

Esta garantia, que se dirige essencialmente ao legislador, confere ao seu titular o poder de exigir uma regulamentação legal do direito que, sendo conforme à sua função social, assegure a existência de faculdades patrimoniais livremente exercíveis, que lhe permitam ter, gozar e dispor dos seus bens.

Embora pressupondo a existência legal de um tipo abstrato de direito de propriedade – que assegure a referida capacidade patrimonial privada – a Constituição não garante nenhum tipo de direito real em concreto, não impedindo o legislador de definir a sua estrutura e de modelar o seu conteúdo, desde que o faça «nos seus termos».

Em contrapartida, a extensão do conceito constitucional de propriedade, e a consequente ampliação do leque de bens que podem ser objeto de apropriação privada, conferem ao legislador ainda mais legitimidade para romper com o círculo fechado dos *numerus clausus*, e com a pretensa supremacia do direito de propriedade, aqui entendido como um direito real de gozo «pleno» e «absoluto», sobre todos os demais direitos reais de gozo, ditos menores ([6]).

Tendo embora de assegurar a existência de faculdades patrimoniais livremente exercíveis, isso não significa que as tenha de reunir todas num único direito historicamente reconhecível como direito de propriedade e não possa prever outras formas especiais de propriedade. Não significa, sobretudo, que não possa autonomizar algumas dessas faculdades e erigi-las em direito subjetivo autónomo, na medida em que isso se revele necessário ou adequado a cumprir a função social do seu objeto.

Estreitamente conexa com esta garantia de uma esfera de apropriação privada dos bens está a ideia de acessibilidade da propriedade privada – de acesso à apropriação privada dos bens – no âmbito das relações económicas e da liberdade de iniciativa económica.

Faz-se, assim, a contraposição entre o direito *à* propriedade privada e o direito *de* propriedade privada ([7]).

---

([6]) Em nossa opinião pode mesmo questionar-se a constitucionalidade do art. 1306.°, n.° 1, do Código Civil de 1966, na medida em que impõe uma restrição injustificada à autonomia privada, limitando ou condicionando outras formas de apropriação privada de bens, que só se compreende num quadro de defesa do carácter pleno e absoluto do direito de propriedade privada.

([7]) A contraposição entre o direito à propriedade privada e o direito de propriedade privada foi salientada por

Não se deve, contudo, entender esta ideia de acessibilidade como uma reminiscência das conceções liberais, que pretendiam ver em cada cidadão – e em cada burguês – um proprietário.

Pelo contrário, verifica-se aqui uma importante fratura com o individualismo possessivo e com a exclusividade do direito de propriedade tradicional, que chega mesmo a colocar a propriedade privada num plano próximo da propriedade pública.

Stefano Rodotà afirma inclusive que o discurso sobre a exclusão transformou-se num discurso sobre a acessibilidade ([8]), citando a propósito Macpherson, para quem *"a propriedade não necessita de ser confinada, tal como o fazia a teoria liberal, no direito de excluir terceiros do uso ou benefício de um bem, mas pode igualmente ser o direito individual de não ser excluído por terceiros do uso ou benefício de um bem"* ([9]).

Rodotà vai, aliás, mais longe, apelando a uma noção inclusiva e não exclusiva de propriedade, reforçando a ideia de que a evolução recente aponta no sentido de se dever questionar a tradicional «técnica proprietária», em face da emergência e difusão de novos interesses, nomeadamente no âmbito da tutela do ambiente, do ordenamento do território, do urbanismo e da saúde.

No mesmo sentido parece encaminhar-se Jorge Miranda, quando se refere à garantia, no plano programático, da difusão da propriedade, e das formas de intervenção do Estado de que ela carece, à semelhança dos restantes direitos sociais.

*b) Dimensão subjetiva*

Na sua dimensão subjetiva o direito de propriedade corresponde a um poder concreto sobre os bens, a um feixe de faculdades ou poderes atribuídos ao seu titular para realizar o seu aproveitamento.

Com algumas variações de terminologia ou de âmbito, a doutrina tem identificado essencialmente quatro grupos de faculdades ou poderes que integram o conteúdo básico da garantia constitucional de propriedade privada:

– liberdade ou direito de aceder à propriedade através da sua aquisição;

– liberdade ou direito de usar e fruir dos bens de que se é proprietário;

– liberdade ou direito de transmissão da propriedade em vida ou por morte;

– direito de não ser privado arbitrariamente da sua propriedade.

Destas quatro componentes, a única que não está explicitada no texto constitucional, e que não é consensual na doutrina, é a liberdade ou direito de usar e fruir dos bens de que se é proprietário.

Pela nossa parte – e da mesma forma que incluímos no âmbito da sua garantia institucional a exigência de uma conformação legal do direito de propriedade que assegure a existência de faculdades patrimoniais livremente exercíveis, que permitam ao seu titular ter, gozar e dispor dos seus bens –, não temos dificuldade em reconhecer também que a sua garantia individual não pode deixar de proteger uma esfera mínima de liberdade de uso e fruição.

Por um lado, porque o direito de não ser privado arbitrariamente da propriedade implica, de facto, uma garantia de permanência do direito que não faria sentido sem um mínimo de tutela jurídica do seu aproveitamento útil.

Por outro lado, porque somos sensíveis ao argumento exegético adiantado por alguns Autores de que a proibição da requisição sem indemnização implica o reconhecimento, *a contrario*, da proteção constitucional do uso ([10]).

---

António de Sousa Franco e Guilherme Oliveira Martins, *A Constituição económica portuguesa. Ensaio interpretativo*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 168.

([8]) Cfr. Stefano Rodotà, *Il terrible diritto. Studi sulla proprietà privata, cit.*, p. 39.

([9]) V. C. B. Macpherson, *Liberal-Democracy and Property. In Property: Mainstream and critical positions* (pp. 199-207), Toronto, University of Toronto Press.

([10]) O argumento é utilizado, nomeadamente, por Gonçalo Reino Pires (2010), *A classificação e a qualificação do solo*

Não retiramos é dessa proteção constitucional do uso os mesmos efeitos que os referidos Autores, não concordando, por exemplo, com Miguel Nogueira de Brito, quando insiste que a "*garantia da propriedade como garantia de permanência da propriedade nas mãos do proprietário*" visa única e exclusivamente assegurar uma conexão entre propriedade e liberdade da pessoa ([11]).

Desde logo, porque há uma diferença fundamental entre reconhecer uma esfera mínima de liberdade de uso e fruição da propriedade existente e centrar a estrutura do direito nessa liberdade, sobretudo quando ela não tem expressa consagração constitucional e tem de ser deduzida das suas outras componentes.

Por outro lado, porque essa liberdade é legalmente conformada «nos termos da Constituição», de acordo com a função social concretamente prosseguida pelo bem que constitui o objeto do direito, não existindo aprioristicamente como uma individualidade própria.

De resto, usar e fruir os bens existentes não é mais do que isso mesmo, ou seja, retirar deles as utilidades que, por si próprios, eles podem proporcionar aos seus titulares, não podendo aquela liberdade ser invocada para justificar a aquisição de novos bens ou faculdades que ainda não existem na esfera jurídica do proprietário e que só no âmbito do direito de acesso à propriedade podem merecer proteção.

Esta última afirmação é particularmente útil para situar o tema da proteção constitucional do uso no âmbito da discussão sobre a tutela constitucional do direito de construir.

O direito de construir não é uma manifestação da liberdade de uso e fruição, não sendo protegido pela garantia de permanência da propriedade a não ser na estrita medida em que ela protege a conservação dos bens existentes. Aquela garantia, como se intui, garante apenas a utilização e a fruição dos bens realmente existentes, no quadro do seu regime legal, mas não de bens futuros, obtidos através da sua expansão ou da sua transformação em bens diferentes mediante a realização de novas construções e edificações.

Na verdade, é em torno do direito de não ser arbitrariamente privado da sua propriedade – da designada garantia expropriatória – que o direito fundamental de propriedade privada se estrutura em termos subjetivos, e não do direito de usar e fruir dos bens de que se é proprietário.

Não porque a função primária do direito de propriedade privada não seja a de assegurar ao seu titular a manutenção dos bens adquiridos, em termos que ele possa realizar o seu aproveitamento, ou a sua utilização privada, e possa deles dispor, em vida ou por morte, mas porque essa garantia de permanência da propriedade verdadeiramente só existe na estrita medida em que ela não possa ser sacrificada sem o pagamento de uma justa indemnização.

Como observa com acerto Maria Lúcia Amaral, é um equívoco centrar a discussão do âmbito de proteção da garantia constitucional da propriedade no n.° 1 do art. 62.°, porque os dois segmentos daquele artigo formam uma unidade normativa que impõe a sua leitura conjunta ([12]).

O n.° 1 do art. 62.° assegura, de facto, a manutenção da propriedade existente nas mãos do proprietário, mas ao admitir a sua expro-

*por planos municipais de ordenamento do território (Contributo para a compreensão do seu regime substantivo e para a determinação do regime da sua impugnação contenciosa)*, dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, policopiado, pp. 112-113, e Rui Medeiros (2010), "Comentário ao artigo 62.° (Direito de propriedade privada)", *in* Jorge Miranda & Rui Medeiros (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada* (2.ª ed., vol. I, pp. 1451), Coimbra, Coimbra Editora, p. 1249.

([11]) Cfr. Miguel Nogueira de Brito (2007), *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Coimbra, Almedina, p. 996.

([12]) Cfr. Maria Lúcia Amaral (1998), *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 553-554.

priação por causa de utilidade pública contra o pagamento de uma justa indemnização, é o n.º 2 daquele artigo que acaba por determinar o que é que realmente cabe no âmbito da proteção constitucional do direito de propriedade privada e o que é que está sujeito à livre conformação pelo legislador.

Seguindo uma linha de raciocínio que constitui atualmente uma *communis opinio* na doutrina constitucionalista do mundo ocidental, fundada essencialmente nas experiências constitucionais dos Estados Unidos da América, da Alemanha, da Itália e da Espanha, aquela Autora defende que a intervenção do legislador está balizada pelo conceito constitucional de expropriação (13). Ou a conformação legal se faz «nos termos da Constituição», não existindo nesse caso um dever público de indemnizar, ou se trata de uma lei expropriatória.

De acordo com esta leitura do art. 62.º da Constituição, expropriar não implica necessariamente extinguir as posições jurídicas patrimoniais dos particulares ou transferir a titularidade dos respetivos bens para o Estado ou para qualquer outro ente público, mas pura e simplesmente impor sacrifícios indemnizáveis ao seu património. E todo o sacrifício grave e especial que afete aquele património constitui uma expropriação que exige o pagamento de uma justa indemnização.

Assim, tal como o conceito constitucional de propriedade não se identifica com o direito real de propriedade previsto e regulado no Código Civil, o conceito constitucional de expropriação também não se identifica com o instituto de direito administrativo previsto e regulado no Código das Expropriações, abrangendo as chamadas expropriações materiais, de sacrifício ou de valor.

É nesta extensão do conceito constitucional de expropriação que reside a força da garantia constitucional de propriedade. É ela que permite qualificar como expropriatórias todas as «restrições» e «limitações» que não sejam estabelecidas pelo legislador em obediência aos valores inscritos na própria Constituição, reduzindo assim substancialmente a sua margem de discricionariedade.

Dir-se-á que essas restrições e limitações são ainda assim excessivas, por ser atualmente muito vasto o campo de intervenção estadual na esfera privada dos cidadãos, que se alargou a praticamente todos os domínios da vida em sociedade, mas isso resulta exclusivamente do pendor social da nossa Constituição, que neste aspeto, aliás, não difere muito do padrão internacional das modernas constituições do Estado Social de Direito.

Esta debilidade congénita da propriedade no moderno Estado Social de Direito é, aliás, agravada pelo facto de ela se encontrar sujeita, não apenas a uma reserva de conformação social, mas à própria reserva de expropriação em sentido estrito.

É que, mesmo nos casos em que a liberdade de conformação do legislador é limitada pela cláusula de indemnização conjunta, a Constituição não garante em absoluto a permanência da propriedade nas mãos do proprietário, dado que no caso de se verificar uma *causa expropriandi* ela pode vir a ser subtraída da sua esfera jurídica e substituída pelo seu justo valor.

Trata-se, portanto, de uma garantia enfraquecida, exposta ao poder expropriatório do Estado, e que a todo o momento pode ser transformada numa garantia de valor, que apenas assegura ao proprietário uma compensação pelo sacrifício que lhe é imposto em nome da coletividade.

Negar esta evidência, e insistir na garantia de permanência da propriedade em detrimento da sua garantia de valor, recusando a extensão do conceito constitucional de expropriação, e a consequente extensão do conceito constitucional de propriedade, equivale na prática a alargar o âmbito da esfera de intervenção discricionária

(13) Cfr. *ob. cit.*, p. 469.

do Estado e a expor o património privado dos cidadãos a um sacrifício ainda maior.

## 2. O sacrifício de faculdades urbanísticas

Se no plano objetivo o direito de propriedade confere ao seu titular o poder de exigir uma regulamentação legal do direito que, sendo conforme à sua função social, assegure a existência de faculdades patrimoniais livremente exercíveis, que lhe permitam ter, gozar e dispor dos seus bens, é no plano subjetivo que essas faculdades encontram o seu campo de realização.

Já antecipámos a conclusão de que o direito de construir não é uma manifestação da liberdade de uso e fruição da propriedade imobiliária, não sendo protegido, enquanto tal, pela garantia constitucional da proteção do existente. Um proprietário não tem, pelo simples facto de ter a propriedade de um terreno, o direito de o transformar, promovendo a sua urbanização e a sua edificação. Nesse sentido, o direito de construir não é inerente ao direito de propriedade privada.

Aquele direito está, no entanto, pressuposto no estatuto constitucional da propriedade imobiliária urbana, cuja vocação para a urbanização e para a edificação, coletivamente decidida através de instrumentos de planeamento, cria no seu titular um interesse em poder realizar o seu aproveitamento urbanístico.

A dificuldade está, como se percebe, em qualificar juridicamente este interesse, e em determinar o momento em que ele se converte em direito de propriedade.

Sobre essa matéria temos uma certeza negativa e uma certeza positiva, mas também uma margem de dúvida razoável.

Temos, por um lado, a certeza de que o proprietário não tem um direito de natureza patrimonial antes de o plano atribuir vocação urbana ao seu terreno e definir o conteúdo do seu aproveitamento urbanístico, ainda que o mesmo já tenha sido infraestruturado ou esteja situado dentro de um aglomerado urbano. O proprietário nessas circunstâncias tem, quando muito, uma pretensão à alteração ou à revisão do plano, fundada no princípio da igualdade ou no princípio da proporcionalidade, mas não tem, contra o plano, uma pretensão consolidada como direito de propriedade.

Temos, por outro lado, a certeza que o proprietário incorpora no seu património, por acessão à propriedade, a construção por ele realizada de acordo com o plano e com as demais normas legais e regulamentares aplicáveis. O proprietário goza, inclusive, de um direito real de propriedade sobre as edificações e demais construções assim realizadas, que beneficiam plenamente da proteção concedida pela Constituição e pela lei à propriedade existente.

A margem de dúvida situa-se entre um e outro momento, em que o proprietário pode apresentar uma pluralidade de posições jurídicas patrimoniais privadas, com distintos graus de consolidação, consoante a densidade normativa do plano e o seu nível de execução.

A questão básica, na síntese feliz de Parejo Alfonso, consiste em saber se *"a apropriação dos conteúdos criados pelo planeamento urbanístico aparece consolidada como verdadeiro direito, ou pelo menos como um interesse patrimonial legítimo, desde o instante mesmo da fixação da ordenação urbanística (a aprovação do plano e como mero efeito do mesmo), ou se, pelo contrário, a dita consolidação apenas tem lugar num momento posterior, e depois de cumpridos, em cada caso, determinados requisitos legitimadores da mesma"* [14].

A chave do problema está, portanto, na expressão «direito consolidado», que a nossa legislação urbanística utiliza a propósito do de-

[14] Cfr. Luciano Parejo Alfonso (1982), *Regimen urbanistico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración (La alteración del planeamiento, la vinculación singular y la anulación de licencias)*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, pp. 52-53.

ver de indemnização das *"restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo"* determinadas pela alteração ou pela revisão de planos vinculativos para os particulares, nomeadamente quando exige que essas possibilidades sejam «preexistentes» e «juridicamente consolidadas», e que a restrição imposta à utilização do solo tenha um efeito equivalente a uma expropriação [art. 143.º, n.º 2, do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT)].

Um «direito consolidado», ou um «direito adquirido», numa expressão com maior tradição na nossa cultura jurídica, é aquele que, além de assegurar ao particular o direito de construir, nos termos em que foi concedido, não pode ser sacrificado, por qualquer forma, sem o pagamento de uma justa indemnização ou outra forma de compensação patrimonial.

Há, de facto, uma relação inevitável entre a tutela constitucional do direito de construir e a garantia expropriatória estabelecida no n.º 2 do art. 62.º da Constituição, pois da mesma forma que dissemos que a propriedade existente só é verdadeiramente garantida na medida em que não possa ser sacrificada sem o pagamento de uma justa indemnização, podemos agora dizer, com a mesma convicção, que o proprietário só tem constitucionalmente o direito de construir na medida em que a impossibilidade legal de o fazer gere na sua esfera jurídica o direito a uma compensação patrimonial.

Não analisaremos agora todos os problemas colocados pela efetivação do direito que assiste ao proprietário a uma compensação patrimonial pelo sacrifício das suas faculdades urbanísticas, que, nos termos da lei, tanto pode ser atribuída em espécie, no âmbito de sistemas de perequação compensatória, como através do pagamento de uma indemnização.

Tentaremos, não obstante, proceder à identificação dessas faculdades, analisando alguns dos problemas que a pluralidade de posições jurídicas patrimoniais privadas que elas constituem coloca à determinação da natureza jurídica do direito de construir e à determinação do âmbito da sua tutela constitucional.

Sendo aqui o direito de construir analisado sob o prisma constitucional, na sua relação com o direito fundamental de propriedade privada, não deixaremos de analisar criticamente a jurisprudência que o Tribunal Constitucional tem produzido sobre a matéria, dando atenção, não apenas à sua abundante jurisprudência sobre o cálculo do valor da indemnização nas expropriações por utilidade pública, como também às suas breves incursões no domínio das designadas expropriações de sacrifício ou de valor.

**2.1.** A natureza jurídica do direito de construir e a pluralidade de posições jurídicas patrimoniais dos particulares. A aquisição gradual das suas faculdades urbanísticas

Do que ficou dito resulta que a discussão sobre o âmbito da tutela constitucional do direito de construir não se confunde com a discussão sobre a sua natureza jurídica.

A questão, como vimos, não está tanto em saber se o direito de construir é inerente ao direito de propriedade, ou se nasce com o plano, ou apenas com a licença de construção. O facto de o *ius aedificandi* não ser inerente ao direito de propriedade não significa que ele não se incorpore no património privado do seu titular, e não deva ser protegido como propriedade existente.

Conforme já defendemos anteriormente, a respeito da natureza jurídica do *ius aedificandi* deve estabelecer-se uma distinção básica entre o direito ao aproveitamento urbanístico do solo e o direito de nele construir ou edificar, este último entendido enquanto mera expressão do *quomodo* e do *quantum* daquele primeiro, mas que dele não resulta necessariamente ([15]).

([15]) Cfr. Claudio Monteiro (1995), *O embargo e a demolição de obras no Direito do Urbanismo*, dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, policopiado, p. 28.

O direito ao aproveitamento urbanístico do solo é uma consequência jurídica da vocação de um determinado terreno para ser destinado à urbanização e à edificação, sendo essa vocação definida pelo plano através da sua classificação como solo urbano, e da definição do seu regime de uso, mas podendo resultar também de um seu anterior aproveitamento urbanístico já consolidado, ou ainda, em casos pontuais, da sua localização ou do seu nível de infraestruturação.

O direito de construir, em sentido estrito, consiste na faculdade de o proprietário materializar o aproveitamento urbanístico correspondente, sendo «consolidado» pela licença ou por outro ato análogo de controlo administrativo prévio das suas operações urbanísticas.

Estas duas posições subjetivas básicas não constituem tipos fechados, sendo o seu conteúdo variável, em função da densidade normativa do planeamento urbanístico existente, da natureza ou do tipo de aproveitamento urbanístico por ele permitido, e do seu nível de execução.

A consolidação do direito de construir é, na verdade, um processo evolutivo, ao longo do qual o particular vai gradualmente adquirindo as suas faculdades urbanísticas, que vão sendo progressivamente incorporadas na sua esfera jurídica patrimonial.

Sendo aquelas posições subjetivas, no essencial, constituídas por planos e atos de licenciamento urbanístico, elas conferem ao seu titular direitos subjetivos públicos, que num primeiro momento apenas são oponíveis à própria Administração, mas que têm a virtualidade de se converterem em direitos subjetivos privados, à medida que o seu exercício permite a patrimonialização das correspondentes faculdades urbanísticas.

Virtualmente, o aproveitamento urbanístico permitido pelo plano transformar-se-á em propriedade privada, se o proprietário cumprir todas as condições substantivas e procedimentais legalmente estabelecidas para que o seu terreno possa ser urbanizado e edificado, e para que as construções e edificações realizadas em conformidade com aquelas condições se incorporem definitivamente no seu património privado como propriedade existente.

O caminho a percorrer entre estes dois momentos não é, no entanto, isento de dificuldades, e nele se joga muito da sorte dos direitos públicos e privados que definem o estatuto dominial da cidade.

*a) O direito ao aproveitamento urbanístico*

O direito ao aproveitamento urbanístico corresponde, na terminologia legal, às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo para fins urbanísticos conferidas ao seu proprietário pelos instrumentos de planeamento, através da definição do respetivo regime de uso.

Numa primeira formulação, aquele direito identifica-se com o direito de urbanizar, entendido no sentido do direito de transformar o solo rústico em solo urbano, dotando-o das infraestruturas necessárias para suportar a sua edificação.

O direito de urbanizar não se esgota no direito de realizar as correspondentes operações urbanísticas de loteamento urbano e de obras de urbanização, embora se identifique *prima facie* com ele, na medida em que no nosso ordenamento jurídico-urbanístico aquelas operações urbanísticas ainda constituem o modo típico de os proprietários de terrenos rústicos com vocação urbana promoverem a sua urbanização.

A emergência de novas formas de divisão fundiária para fins urbanísticos e a proliferação de modalidades de contratualização da realização das obras de urbanização tendem, no entanto, a ampliar o leque de situações em que aquele direito pode ser atribuído pelo plano sem pressupor a realização de qualquer operação urbanística clássica.

Porém, mesmo quando atribuído pelo plano, o direito de urbanizar pode estar condicionado à programação da sua execução e ao cumprimento de determinados deveres urbanísticos pelo par-

ticular, e por isso mesmo sujeito a uma considerável margem de discricionariedade, ou de livre decisão administrativa, tanto no que se refere ao licenciamento das correspondentes operações urbanísticas de loteamento urbano e de obras de urbanização, como na adoção de modalidades alternativas para a sua concretização.

A urbanização é por natureza uma função pública, que em determinadas circunstâncias o proprietário pode ser chamado a prosseguir por delegação da Administração, como condição para realizar integralmente o aproveitamento urbanístico que lhe é concedido pelo plano em termos de construção e de edificação.

Nesse sentido, a urbanização, mais do que um direito do proprietário, constitui um ónus que ele tem de suportar para realizar as construções e as edificações previstas pelo plano. O respetivo direito é, por isso, um direito funcionalizado à realização integral do aproveitamento urbanístico permitido pelo plano.

Na sua formulação corrente, aquele aproveitamento urbanístico identifica-se com a realização de obras de construção de edifícios e com a sua utilização, sendo portanto o direito ao aproveitamento urbanístico entendido aqui no seu sentido clássico de *ius aedificandi* ou direito de levantar edifícios ou outras construções para utilidade privada do seu proprietário.

Embora possa estar a ele associado, o direito de realizar obras de edificação não pressupõe necessariamente o direito de urbanizar, quer porque o solo pode ter sido previamente infraestruturado, pela Administração ou por outro particular, quer sobretudo porque, dentro de determinados limites, a construção de edifícios é compatível com o uso não urbano do solo.

A edificação fora dos perímetros urbanos é, no entanto, sujeita a fortes restrições e limitações, tanto diretamente pela lei, como pelos próprios planos, destinadas, por um lado, a evitar que a sua admissibilidade constitua uma forma de contornar a impossibilidade legal de urbanizar o solo rural e, por outro, a impedir ou, pelo menos, a minorar os impactos negativos para as infraestruturas e equipamentos existentes que resultam da designada urbanização «difusa» ou «dispersa».

*b) O direito de construir em sentido estrito*

Embora o plano confira ao proprietário o direito de realizar o aproveitamento urbanístico do seu terreno, nos termos e com as condições nele estabelecidas, a patrimonialização das respetivas faculdades urbanísticas não é um mero efeito da sua aprovação.

O proprietário não tem, por mero efeito da aprovação do plano, o direito de realizar a transformação física do seu terreno, tendo que previamente consolidar o seu direito de o urbanizar e de o edificar, cumprindo os correspondentes deveres de infraestruturação, contribuição patrimonial e perequação, e obtendo os títulos necessários à materialização do respetivo aproveitamento urbanístico.

Se do ponto de vista subjetivo público o proprietário terá um direito a obter o licenciamento urbanístico que permita a materialização do referido aproveitamento, mais ou menos concretizado, consoante a densidade normativa do plano, e mais ou menos condicionado ao cumprimento dos deveres urbanísticos que as circunstâncias do caso concreto imponham, do ponto de vista subjetivo privado o proprietário não terá, nesse momento, mais do que uma expectativa jurídica de vir a incorporar o direito de construir no seu património.

Não é fácil conciliar as duas posições, tendo em conta o efeito conformador do direito de propriedade privada que se atribui aos planos urbanísticos. Lobato Gómez, por exemplo, defende que não se pode afirmar que o plano define o conteúdo normal do direito de propriedade imobiliária urbana e, ao mesmo tempo, dizer que o conteúdo desta não é integrado por um conjunto de faculdades urbanísticas concretas, mas apenas de meras expectativas ([16]).

---

([16]) Cfr. J. Miguel Lobato Gómez, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, *cit.*, p. 597.

Mas também não se pode ignorar que o plano é um instrumento dinâmico, que acompanha a evolução da realidade, e que não é compatível, do ponto de vista da salvaguarda do interesse público urbanístico, com a indemnização indiscriminada de meras expectativas de aproveitamentos futuros, sem que exista, sequer, a garantia de que aquelas expectativas se transformariam em direitos patrimoniais se fosse requerido o respetivo licenciamento, e sem que tenham sido feitos quaisquer investimentos de confiança nesse sentido.

Acresce que a tutela constitucional daquelas expectativas como direito de propriedade privada implicaria o reconhecimento de uma propriedade a termo, resolúvel por decisão unilateral da Administração de proceder à alteração ou à revisão do planeamento, o que, do mesmo modo, não parece ser compatível com a segurança jurídica do proprietário, nem tão-pouco com a natureza jusfundamental daquele direito.

Já se tem dito, não obstante, que as aludidas expectativas jurídicas conferem ao seu titular um verdadeiro e próprio direito subjetivo, embora enfraquecido ([17]), ou pelo menos um direito eventual, *i. e.*, "*um direito à incorporação do* ius aedificandi *delimitado pela ordenação urbanística*" ([18]).

Esta última perspetiva – que configura o direito ao aproveitamento urbanístico como uma espécie de direito subjetivo público *ad rem* – parece ser a que melhor corresponde ao nosso atual quadro legal, que faz depender a «consolidação» do direito de construir da prévia obtenção de uma licença urbanística, ou em qualquer caso de um título suficiente para a materialização do conteúdo do aproveitamento urbanístico previsto no plano.

Com efeito, nos termos do art. 143.° do RJIGT, só há lugar a indemnização das restrições determinadas pela alteração ou revisão de instrumentos de planeamento, quando a mesma "*ocorra dentro do período de cinco após a sua entrada em vigor, determinando a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido*" (n.° 3).

Significa isto que uma alteração que ocorra depois daquele prazo de cinco anos, ou a todo o tempo, no caso de não ter havido ainda qualquer licenciamento válido, não confere ao proprietário o direito a uma indemnização pela diminuição das suas expectativas, não constituindo, por isso mesmo, um sacrifício de faculdades urbanísticas juridicamente consolidadas no seu património privado.

Na solução preconizada por esta disposição legal só se pode falar em "*restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo, preexistentes e juridicamente consolidadas, que comportem uma restrição significativa na sua utilização de efeitos equivalentes a uma expropriação*", nos termos do n.° 2 do mesmo artigo, quando o plano determine a caducidade ou alteração de um licenciamento válido anterior.

Só nestes casos, portanto, é que existirá um sacrifício indemnizável das faculdades urbanísticas do proprietário do terreno afetado pela restrição, e consequentemente uma expropriação de sacrifício ou de valor protegida pela garantia expropriatória estabelecida no n.° 2 do art. 62.° da Constituição.

Em nossa opinião, porém, para este efeito são também equiparados a um licenciamento válido todos os atos que constituam – ou consolidem – o direito de construir em termos análogos

([17]) Neste sentido, entre nós, João Miranda (2002), *A dinâmica do planeamento territorial (a alteração, a revisão e a suspensão de planos)*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 300 e segs., que, citando Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro, qualifica aquela expectativa jurídica como um direito subjetivo, embora reconhecendo tratar-se de um direito enfraquecido, que apenas se consolida com a emissão da licença de construção.

([18]) Cfr. Luciano Parejo Alfonso, *Regimen urbanistico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración (La alteración del planeamiento, la vinculación singular y la anulación de licencias)*, *cit.*, p. 48, invocando a doutrina de Maurice Hariou, que contrapõe um «direito eventual» ao «direito adquirido».

aos da licença de obras de edificações, entre os quais se incluem, inquestionavelmente, a informação prévia favorável e a aprovação do projeto de arquitetura, bem como os contratos sobre o exercício de poderes urbanísticos, quando deles resulte uma vinculação da câmara municipal ao licenciamento.

A estas situações há que acrescentar ainda as previstas no art. 48.º do RJUE, que salvaguarda o direito de construir num lote de terreno constituído por uma licença de loteamento válida, de acordo com as condições constantes do respetivo alvará, que apenas podem ser alteradas para permitir a execução de um plano urbanístico superveniente mediante o pagamento de uma indemnização.

Nos casos em que o plano incide diretamente sobre a própria realidade constituída ao abrigo do plano anterior, impondo, por exemplo, a demolição ou a alteração de edifícios existentes ou em construção, a questão nem se chega a colocar nestes termos, pois aqueles edifícios, uma vez construídos, constituem o objeto de um verdadeiro e próprio direito de propriedade – de um direito real de propriedade – e como tal estão protegidos pelo princípio da proteção do existente, só podendo ser subtraídos do património do seu titular mediante um procedimento formal de expropriação por utilidade pública e o pagamento prévio da correspondente indemnização.

A salvaguarda do existente, para além de resultar da garantia constitucional da propriedade privada, e da expressa consagração legal do respetivo princípio no art. 60.º do RJUE, resulta também das regras de aplicação no tempo das normas dos planos urbanísticos, e da confiança legítima que o proprietário deposita nos atos de licenciamento urbanístico válidos de que é titular.

A proteção da confiança do titular da licença é, também, ou sobretudo, uma questão relevante naqueles casos em que o aproveitamento urbanístico já se encontra autorizado mas ainda não foi materializado, dado que a caducidade ou a alteração de um licenciamento válido anterior não são efeitos automáticos da superveniência de um plano urbanístico, só ocorrendo nos casos expressamente previstos na lei ou no próprio plano.

É, aliás, no mínimo discutível que o próprio plano possa determinar a «caducidade» ou a «alteração» do ato de licenciamento ou de qualquer outro ato de controlo prévio de uma operação urbanística, tendo em conta a sua natureza constitutiva de direitos e os limites à revogação – ou à revisão – de atos válidos estabelecidos no Código do Procedimento Administrativo.

Mas a verdade é que, nesses casos, existe um conflito evidente entre o interesse público urbanístico atual que o plano exprime e o interesse do particular na manutenção da estabilidade dos direitos constituídos ao abrigo do direito anterior, pelo que se deve reconhecer à Administração, dentro de determinados limites, competência para revogar, ou rever o ato de licenciamento.

A não se admitir aquela revogação, ou revisão, reconhecendo no próprio art. 143.º do RJIGT a sua base legal, o regime deste artigo deixaria de ter qualquer efeito útil, na medida em que, por força das regras de aplicação no tempo das normas de planeamento, segundo o princípio *tempus regit actum*, nenhum licenciamento válido anterior seria afetado pelo plano superveniente.

A admitir-se esta possibilidade, como parece razoável, à luz do regime estabelecido no referido artigo, é contudo indispensável exigir-se que o novo plano identifique expressamente nos seus documentos constitutivos as situações jurídicas afetadas, individualizando as licenças ou, pelo menos, os terrenos sobre os quais aquela afetação incide, e explicitando no seu relatório as razões de interesse público urbanístico que, em concreto, justificam a adoção da medida expropriatória.

### **2.2.** O sacrifício de faculdades urbanísticas na jurisprudência do Tribunal Constitucional

*a) O cálculo do valor da indemnização nas expropriações por utilidade públic*a

A discussão sobre a tutela constitucional do direito de construir está centrada na garantia expropriatória estabelecida no n.° 2 do art. 62.° da Constituição, confirmando assim que é em torno do direito de não ser arbitrariamente privado da sua propriedade que o direito fundamental de propriedade privada se estrutura em termos subjetivos, e não do direito de usar e fruir dos bens de que se é proprietário.

Os defensores de uma liberdade de construção pré-estatal têm esgrimido o argumento de que a inerência do *ius aedificandi* ao direito de propriedade privada é patente, nomeadamente, nas disposições do Código das Expropriações que estabelecem as regras de cálculo da indemnização na expropriação por utilidade pública.

Mas esse argumento, sendo relevante para a compreensão do âmbito da tutela constitucional do direito de construir, é insuficiente para explicar a sua natureza jurídica, essencialmente por dois motivos.

Por um lado, porque não distingue a estática do direito de construir da sua dinâmica. A circunstância de se entrar em linha de conta com a aptidão edificatória do terreno no apuramento do conteúdo da indemnização não significa que essa aptidão tenha nascido com o direito do proprietário. Significa apenas que o terreno entretanto adquiriu vocação urbana, e que o direito a realizar o aproveitamento urbanístico que lhe é inerente se incorporou na esfera jurídica do seu proprietário.

A própria jurisprudência do Tribunal Constitucional, ao mesmo tempo que reconhece expressamente a relevância da potencialidade edificatória do terreno no cálculo da indemnização, tem afirmado reiteradamente que o *ius aedificandi* não é inerente ao direito de propriedade privada, não gozando, por isso, de uma tutela constitucional direta ([19]).

Por outro lado, se o Código das Expropriações distingue o solo apto para construção do solo para outros fins, é precisamente porque reconhece que nem todo ele é suscetível de aproveitamento urbanístico. Como vimos, uma coisa é reconhecer que essas faculdades possam estar efetivamente integradas no conteúdo de um concreto direito de propriedade privada, outra diferente é afirmar a sua inerência ao mesmo.

A dificuldade que o Código suscita é, no entanto, outra, resultante de o n.° 2 do seu art. 25.° aparentemente reconhecer aptidão edificatória a terrenos cuja vocação urbana não é expressamente determinada pelo plano, e para os quais não existe um licenciamento urbanístico válido anterior.

Em nossa opinião esse reconhecimento é apenas aparente, já que não nos parece que as disposições legais em questão – as quatro alíneas do n.° 2 do art. 25.° do Código das Expropriações – possam ser interpretadas no sentido de que a vocação urbana do solo existe mesmo naqueles casos em que o plano a afasta expressamente, embora tenhamos de admitir que, em determinadas circunstâncias, podemos ter de vir a reconhecer a «força normativa do fáctico», relevando a sua aptidão edificatória exclusivamente em função da sua localização ou do seu nível de infraestruturação.

A esta dificuldade acresce também o facto de o Código reconhecer a aptidão edificatória do solo que está destinado pelo plano à urbanização e à edificação, sem fazer depender esse reconhecimento da «consolidação» do direito de

---

([19]) V., por todos, o Ac. do Tribunal Constitucional (TC) n.° 341/86, onde se afirma que "*no direito de propriedade constitucionalmente consagrado contém-se o poder de gozo do bem objecto do direito, sendo certo que não se tutela ali expressamente um «jus ædificandi», um direito à edificação como elemento necessário e natural do direito fundiário*" – cfr. *Diário da República* (*DR*), II Série, n.° 65, de 19/3/1987.

construir por um licenciamento válido anterior, ou por qualquer outro ato de controlo prévio de uma concreta operação urbanística.

Existe, assim, um claro desfasamento entre o regime indemnizatório das expropriações clássicas estabelecido no Código das Expropriações e o regime indemnizatório das designadas expropriações do plano estabelecido no RJIGT, dado que o primeiro releva no cálculo da indemnização o sacrifício da mera expectativa jurídica que o proprietário tem de vir a adquirir o direito de construir – o que designamos por direito ao aproveitamento urbanístico – e o segundo apenas releva o sacrifício dos seus direitos urbanísticos consolidados – o que designamos por direito de construir em sentido estrito.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional, que se tem pronunciado abundantemente sobre o primeiro regime, nunca tendo sido chamada a pronunciar-se expressamente sobre o segundo, não questiona o carácter indemnizável daquela expectativa, pese embora não deixe também de afirmar que a potencialidade edificatória do terreno apenas deva relevar quando "*seja uma realidade, e não também quando seja uma simples possibilidade abstracta sem qualquer concretização nos planos municipais de ordenamento, num alvará de loteamento ou numa licença de construção*".

Mais preocupado em legitimar a distinção entre solo apto para construção e solo apto para outros fins, afastando assim o referido critério abstrato de aptidão edificatória, que levaria a "*ter que reconhecer-se essa capacidade a quase todos os terrenos, senão mesmo a todos eles*", o Tribunal Constitucional basta-se com a existência de "*elementos certos e objectivos*" que indiciem a existência dessa «aptidão», no que, aliás, faz uma leitura inteiramente compatível com a letra da lei.

Não nos parece, contudo, que a leitura que o Tribunal Constitucional tem vindo a fazer do Código das Expropriações seja compatível com a letra da Constituição, porque não encontramos razões jurídicas válidas para incluir no conceito de justa indemnização o valor de uma aptidão edificatória ainda não consolidada no património privado do expropriado, e que, não obstante a proteção jurídica que merece enquanto direito subjetivo público concedido pelo plano, pode nunca vir a converter-se em propriedade privada.

O próprio legislador revelou ter consciência da distorção criada por esta indemnização antecipada do sacrifício de direitos ou faculdades urbanísticas que o expropriado só viria a adquirir depois de ter cumprido os correspondentes deveres urbanísticos, nomeadamente quando manda considerar no cálculo do montante indemnizatório as despesas que o proprietário teria de suportar se o aproveitamento urbanístico, caso fosse materializado, constituísse uma sobrecarga incomportável para as infraestruturas existentes (art. 26.º, n.º 9, do Código das Expropriações), simulando dessa forma, através de um juízo de prognose feito no âmbito de um licenciamento virtual, o esforço que ele teria de fazer para consolidar a sua posição jurídica.

Mas, nem o Código, nem a jurisprudência do Tribunal Constitucional, ponderaram adequadamente os efeitos dessa antecipação, nem levaram até às últimas consequência aquele juízo de prognose, não deduzindo do valor da indemnização outras despesas que o expropriado teria de realizar para materializar o aproveitamento urbanístico previsto pelo plano, como por exemplo o custo financeiro resultante da imobilização do capital pelo tempo burocrático necessário à obtenção da licença, ou mesmo o valor das respetivas taxas urbanísticas.

Mais do que uma indemnização antecipada de faculdades urbanísticas, a contabilização do valor de um aproveitamento urbanístico não consolidado no cálculo da indemnização elimina a álea a que estaria sujeita a materialização desse aproveitamento, não apenas em virtude do risco comercial inerente à atividade de promoção imobiliária, o que apenas timidamente foi ponderado pelo legislador (art. 26.º, n.º 10, do Código das Expropriações), mas sobretudo da

margem de livre decisão administrativa de que a Administração urbanística sempre dispõe na decisão dos pedidos de licenciamento, não obstante o conteúdo do aproveitamento urbanístico definido pelo plano.

Se o critério geral ou medida da justa indemnização é o «valor real e corrente» do bem expropriado, não é possível ignorar que a superação daquela álea jurídica e administrativa, mais até do que da sua álea comercial, é atualmente o principal factor de valorização de um terreno, e o único que leva em linha de conta a sua real aptidão edificatória, não sendo expectável, em condições normais de funcionamento do mercado, que um promotor imobiliário que use de uma diligência média adquira um terreno para construção que não tenha o respetivo direito consolidado, pelo menos, por uma informação prévia favorável.

O valor de mercado do bem há de referir-se, por isso, ao seu valor real e corrente nas condições de facto e de direito em que ele se encontra na atualidade, e não, como resumiu de uma forma feliz Roca Clavera, ao valor do bem num «mercado de futuros», que incorpora no valor da justa indemnização as meras expectativas de direitos gerada pelos planos, e não apenas os direitos realmente adquiridos e plenamente patrimonializados ([20]).

A jurisprudência do Tribunal Constitucional vai, no entanto, ainda mais longe, ao admitir, em alguns casos, indemnizar como solo apto para construção terrenos integrados na Reserva Agrícola Nacional ou na Reserva Ecológica Nacional, nos quais não seria possível, nem no momento da expropriação, nem no futuro, realizar qualquer aproveitamento urbanístico.

Não nos é possível, neste âmbito, proceder a uma análise detalhada e sistemática dessa jurisprudência, que além de muito abundante, é inconstante e permeável às variações que ocorrem na composição das secções em que se desdobra o funcionamento do Tribunal, não refletindo, por isso, uma corrente jurisprudencial definitivamente estabelecida. Acresce que a controvérsia se tem centrado mais na interpretação e aplicação do princípio da igualdade do que propriamente no conteúdo do direito de propriedade privada, pelo que nem toda a matéria nela tratada interessa ao tema em análise.

Podemos, no entanto, identificar as duas situações mais relevantes em que o Tribunal admitiu reconhecer aptidão edificatória a terrenos onde não era possível construir, nem era expectável que viesse a sê-lo.

Na primeira situação, o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional, por violação dos princípios da justiça e da proporcionalidade, a norma do n.º 5 do art. 24.º do Código das Expropriações de 1991, que equiparava a "*solo para outros fins o solo que, por lei ou regulamento, não possa ser utilizado para construção*" ([21]), num caso em que estava em causa a expropriação de um prédio integrado na Reserva Agrícola Nacional para a construção de um quartel de bombeiros ([22]).

A *ratio decidendi* daquele acórdão baseou-se no facto de o terreno em causa ter sido desintegrado da Reserva Agrícola com a finalidade de nele se edificar para fins diferentes da utilidade agrícola a que estava anteriormente afeto, revelando assim ter a aptidão edificatória que anteriormente lhe era negada pelo referido regime legal.

---

([20]) Cfr. Josep Roca Clavera, "¿Ser o devenir? La valoración del suelo en la Ley 8/2007", *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, XXXIX (152-153), p. 419.

([21]) Esta norma desapareceu com a aprovação do Código das Expropriações de 1999, que, no entanto, no seu art. 25.º, n.º 3, classifica como "*solo apto para outros fins o que não se encontra em qualquer das situações previstas no número anterior*", onde enumera as situações que integram a classificação do solo como apto para construção.

([22]) Cfr. Ac. do TC n.º 267/97 (Conselheiro Guilherme da Fonseca), disponível em *www.tribunalconstitucional.pt*.

Em sentido contrário decidiram, no entanto, vários outros acórdãos (23), embora discordando daquele apenas na medida em que a finalidade dada ao terreno expropriado *"não foi a edificação de construções urbanas, mas sim a construção de uma auto-estrada"* (24), manifestando, quanto ao mais, a sua inteira concordância com aquela *ratio decidendi*.

Não nos vamos agora prender ao facto de muitos destes acórdãos não fazerem uma distinção clara entre o regime de uso do solo dos planos municipais e o regime de uma servidão administrativa ou de uma restrição de utilidade pública, não compreendendo, nem a mecânica do funcionamento daqueles dois regimes, nem a relação que se estabelece entre eles.

Nem nos vamos deter nas subtilezas das distinções efetuadas entre a construção de edifícios, de autoestradas, e até de áreas de serviços (25), por nos parecer evidente que, sem prejuízo de algumas especificidades do respetivo regime, todos estes usos são usos urbanos, e implicam o exercício de faculdades urbanísticas incluídas no direito de construir, que abrange em termos equivalentes a construção de edifícios e de infraestruturas ou equipamentos.

Para o que nos interessa, em todos estes casos os terrenos expropriados não tinham vocação urbana, sendo a sua urbanização e edificação proibida, tanto pelo plano diretor municipal como, nos casos aplicáveis, pelo regime da Reserva Agrícola Nacional. E em todos eles o Tribunal reconheceu ou admitiu reconhecer a sua aptidão edificatória.

Embora decidindo de forma diferente quanto à questão da constitucionalidade da norma, na base de diferentes interpretações sobre o destino dos bens expropriados, todos os acórdãos citados partem de uma errada compreensão do conceito de justa indemnização, que, à luz do próprio Código das Expropriações, *"não visa compensar o benefício alcançado pela entidade expropriante, mas ressarcir o prejuízo que para o expropriado advém da expropriação, correspondente ao valor real e corrente do bem de acordo com o seu destino efectivo ou possível numa utilização económica normal, à data da publicação da declaração de utilidade pública, tendo em consideração as circunstâncias e condições de facto existentes naquela data"* (art. 23.º, n.º 1).

Ora, «naquela data» o destino efetivo ou possível dos terrenos expropriados não contemplava a sua urbanização e edificação, pelo que à luz daquela disposição legal, nunca seria possível classificá-los como solo apto para construção, não podendo considerar-se na sua avaliação o seu destino futuro, nem relevar o benefício alcançado pela entidade expropriante com a sua afetação a usos urbanos.

Os acórdãos em causa tentam tornear a definição de justa indemnização, transformando a questão da constitucionalidade num problema de classificação do solo, e não de cálculo do valor da indemnização, pelo que utilizam a nova afetação do terreno – naqueles casos em que ele é destinado à construção de um ou mais edifícios – como um mero indício da sua aptidão intrínseca para a realização de um aproveitamento urbanístico ou edificatório.

Não existe uma aptidão «natural» ou «intrínseca» do solo urbano, devendo recusar-se atribuir vocação urbana a um terreno com base apenas na sua localização ou no seu nível de infraestruturação, contra a expressa proibição de o urbanizar e edificar, constante de um plano municipal de ordenamento do território. Nos casos apreciados pelo Tribunal Constitucional, por maioria de razão, não podemos aceitar que se reconheça aptidão edificatória a um terreno, que não está classificado como urbano pelo plano, e não dispõe de licença urbanística, nem tem,

(23) Cfr. Acs. do TC n.ºs 20/2000 (Conselheiro Paulo Mota Pinto), 243/2001 (Conselheiro Messias Bento) e 238/2007 (Conselheiro Paulo Mota Pinto), todos disponíveis em *www.tribunalconstitucional.pt*.

(24) Cfr. Ac. n.º 20/2000, *cit*.

(25) Cfr. Ac. do TC n.º 276/2007 (Conselheiro Benjamim Rodrigues), disponível em *www.tribunalconstitucional.pt*.

em qualquer caso, nenhuma das características de facto que, nos termos do n.° 2 do art. 25.° do Código, poderia – ainda que discutivelmente – permitir aquela classificação.

A situação de facto do terreno, nomeadamente a sua localização ou o seu nível de infraestruturação, apenas confere ao seu proprietário uma pretensão à alteração ou à revisão do plano, através de uma nova ponderação de interesses, mas não o direito ao reconhecimento imediato da vocação urbana do solo contra o disposto no respetivo regime de uso do solo. O mesmo se dirá, também, sobre os terrenos integrados na Reserva Agrícola Nacional, relativamente aos quais a alteração de facto das suas condições de utilização pode, quando muito, constituir uma pretensão à sua desafetação, mas não o reconhecimento imediato da sua aptidão edificatória contra o disposto na lei.

Deste modo, a levantar-se uma questão de constitucionalidade, ela diz respeito ao regime da Reserva Agrícola Nacional, ou à decisão de nela integrar o terreno expropriado, ou de recusar a sua desintegração, mas não ao cálculo do valor da respetiva indemnização, como, aliás, se intui no próprio acórdão n.° 267/97, já referido, quando nele se pondera – mas sem admitir – a hipótese de o terreno poder ser voluntariamente desafetado da Reserva Agrícola para a mesma finalidade da expropriação.

A outra situação em que o Tribunal Constitucional reconheceu aptidão edificatória a terrenos onde não era possível construir, nem era expectável que viesse a sê-lo, diz respeito à aplicação do n.° 12 do art. 26.° do Código das Expropriações de 1999, segundo o qual, "*sendo necessário expropriar solos classificados como zona verde, de lazer ou para instalação de infra-estruturas e equipamentos públicos por plano municipal de ordenamento do território plenamente eficaz (…) o valor de tais solos será calculado em função do valor médio das construções existentes ou que seja possível edificar nas parcelas situadas numa área envolvente cujo perímetro exterior se situe a 300 m do limite da parcela expropriada*".

Para uma corrente jurisprudencial, aquela disposição não pode ser interpretada no sentido de "*considerar-se como terreno apto para construção (…) um terreno onde o proprietário não pode construir, por força da sua integração em área afectada à implantação de infra-estruturas e equipamentos públicos, «sem averiguação da aptidão objectiva para a edificabilidade do terreno expropriado» – isto é, sem que na averiguação da aptidão edificativa do terreno expropriado se tenham em conta os elementos objectivos definidos no artigo 25.°, n.° 2, do Código das Expropriações – conduz a uma intolerável desigualdade em relação a todos os restantes proprietários de terrenos integrados em tais zonas que não tenham sido sujeitos a expropriação*" [26].

De acordo com este acórdão, que se louva na opinião doutrinária de Fernando Alves Correia [27], a norma em questão visa apenas "*evitar as classificações dolosas de solos ou a manipulação de regras urbanísticas por parte dos planos municipais*", mas não pode conduzir "*à atribuição de uma indemnização excessiva ao expropriado, desproporcionada em relação ao real sacrifício representado pela expropriação e conducente a uma intolerável desigualdade em relação a todos os restantes proprietários*".

Uma corrente jurisprudencial contrária formou-se, no entanto, a partir da declaração de voto do Conselheiro Rui Moura Ramos ao citado acórdão n.° 145/2005 [28], onde se defendeu que "*nada exclui que uma norma com as características*

[27] Cfr. Ac. do TC n.° 145/2005 (Conselheira Maria Helena Brito); no mesmo sentido, v. Ac. do TC n.° 597/2008 (Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro), ambos disponíveis em *www.tribunalconstitucional.pt*.

[27] A opinião em questão foi manifestada inicialmente em Fernando Alves Correia, *Código das Expropriações e outra legislação sobre expropriações por utilidade pública (Introdução)*, Lisboa, Aequitas, p. 23, e posteriormente retomada no seu *Manual de Direito do Urbanismo* (vol. II), Coimbra, Almedina, p. 314.

[28] V. também, no mesmo sentido, Acs. do TC n.os 234/2007 (Conselheiro Paulo Mota Pinto) e 239/2007 (Conselheiro Mário Torres), ambos disponíveis em *www.tribunalconstitucional.pt*.

*da do n.º 12 do artigo 26.º do CE possa fundamentar-se numa* ratio *distinta, a saber: a proximidade até 300 m de áreas de construção, ou onde seja possível construir, pode implicar expectativas de valorização fundiária, a curto, médio ou longo prazo (mesmo sem as características do n.º 2 do artigo 25.º do CE)*".

Nessa declaração de voto, e nos acórdãos que posteriormente acolheram a doutrina que dela dimana, considerou-se que na avaliação do sacrifício imposto ao expropriado devem ser especialmente tidas em consideração as expectativas de valorização futura da propriedade imobiliária, nomeadamente as relativas "*às possíveis alterações do estatuto fundiário através da projecção de futuras transferências de solo rural para solo urbano (v. Robert Ekelund, Robert Tollison, Economics, 4.ª ed., Nova Iorque, págs. 370/373)*".

Nesta perspetiva, além de se tutelarem as expectativas jurídicas resultantes de um aproveitamento urbanístico ainda não consolidado, mas previsto pelo plano, tutelam-se também meras expectativas psicológicas, fundadas na convicção dos avaliadores, e no desejo dos proprietários, de que a marcha irreversível da urbanização mais tarde ou mais cedo venha a impor o reconhecimento da vocação urbana daqueles terrenos.

Nesta perspetiva, porém, deixa de haver critérios objetivos para distinguir solo apto para construção de solo apto para outros fins, na medida em que, com maior ou menor fundamento económico, todos os proprietários têm a expectativa de que o seu terreno possa vir um dia a ser urbanizado ou edificado, reconhecendo-se, assim, implicitamente, a inerência do *ius aedificandi* a todo e qualquer direito de propriedade privada.

Além das discordâncias de fundo que temos em relação aos pressupostos dogmáticos desta corrente jurisprudencial, que em nossa opinião representa, claramente, uma regressão, e uma negação da marca social que nos últimos anos o Tribunal Constitucional vem deixando nas suas decisões sobre o regime urbanístico da propriedade, não compreendemos o raciocínio exegético desenvolvido em torno desta norma.

Desde logo, porque a referida norma está sistematicamente inserida num artigo que tem por epígrafe «Cálculo do valor do solo apto para a construção», não deixando assim nenhuma margem de dúvida sobre o seu âmbito de aplicação. Trata-se inquestionavelmente de um regime aplicável apenas a solo previamente classificado como apto para construção.

Por outro lado, porque embora não rejeitando a ideia de que a norma tem também uma função inibidora das "*classificações dolosas de solos*", e da "*manipulação de regras urbanísticas por parte dos planos municipais*", não nos parece que seja essa a sua *ratio* dominante.

Como já tínhamos tido a oportunidade de afirmar, o regime disposto no n.º 12 do art. 26.º do Código das Expropriações visa essencialmente introduzir um princípio de equidistribuição no cálculo indemnizatório, garantindo a todos os proprietários de solos urbanos o pagamento de uma indemnização que reconheça a aptidão edificatória daqueles terrenos que, em concreto, não podem receber edificações ou outras construções, por serem afetos a fins de utilidade pública urbanística.

Aquela aptidão edificatória é calculada com base num índice médio de utilização – "*o valor médio das construções existentes ou que seja possível edificar nas parcelas situadas numa área envolvente cujo perímetro exterior se situe a 300 m*" – em termos análogos ao que atualmente está estabelecido no art. 139.º do RJIGT no âmbito da adoção de mecanismos de perequação compensatória nos planos municipais de ordenamento do território.

A norma visa, por isso, não tanto promover a igualdade na relação externa de expropriação, entre expropriados e não expropriados, mas sobretudo promover a igualdade entre aqueles primeiros, evitando assim que os proprietários de terrenos que, no essencial, têm a mesma vocação urbana, recebam indemnizações diferenciadas

em função da concreta – mas aleatória – distribuição feita pelo plano do seu aproveitamento urbanístico.

Pelo contrário, até, na ausência de mecanismos de perequação compensatória que permitam atribuir uma compensação aos proprietários de terrenos "*classificados como zona verde, de lazer ou para instalação de infra-estruturas e equipamentos públicos por plano municipal de ordenamento do território*", mas que não tenham de ser – ou não sejam efetivamente – expropriados, esta norma é suscetível de introduzir uma desigualdade real entre estes e os proprietários de terrenos expropriados para os mesmos fins.

*b) O sacrifício de direitos consolidados por licenças urbanísticas*

As expropriações de «sacrifício» ou de «valor» em matéria urbanística não são desconhecidas da jurisprudência do Tribunal Constitucional, que de uma forma mais ou menos explícita se refere a elas em várias das suas decisões ([29]).

Apenas num caso, porém, se pode dizer que o Tribunal se debruçou sobre uma situação em que a questão de constitucionalidade se prendia diretamente com a sua admissibilidade e o reconhecimento do seu carácter indemnizável. Trata-se da apreciação, feita em diferentes acórdãos, todos no mesmo sentido, da constitucionalidade do DL n.° 351/93, de 7/10, que estabeleceu um regime de caducidade das licenças de loteamento, de obras de urbanização e de construção civil, bem como de aprovações de anteprojetos e projetos de construção de empreendimentos turísticos, em área abrangida por um plano regional de ordenamento do território.

([29]) De que uma das mais significativas é a constante do Ac. do TC n.° 341/86, onde se afirma que "*mesmo naqueles casos em que a Administração impõe aos particulares certos vínculos que, sem subtraírem o bem objecto do vínculo, lhes diminuem, contudo, a «utilitas rei», se deverá configurar o direito a uma indemnização, ao menos quando verificados certos pressupostos*" – cfr. *DR*, II Série, de 19/3/1987.

Segundo o regime estabelecido naquele diploma, os titulares daqueles atos de licenciamento deveriam, no prazo de noventa dias contados da data da sua entrada em vigor, ou da entrada em vigor de um novo plano regional de ordenamento do território, consoante os casos (art. 2.°), requerer ao Governo a confirmação da compatibilidade das suas licenças e aprovações com as regras de ocupação, uso e transformação dos solos constantes daquele plano, sob pena da sua caducidade.

A caducidade das licenças e aprovações também se verificaria no caso de não ser confirmada a sua compatibilidade com o plano, pelo que em qualquer caso as mesmas não poderiam subsistir se não fossem reavaliadas à luz daquelas regras, que não estavam em vigor à data em que foram inicialmente concedidas. A validade ou a eficácia das referidas licenças e aprovações só não seria afetada se o titular do alvará de licença de construção comprovasse "*que a obra se iniciou e não se suspendeu anteriormente à data da entrada em vigor do plano regional de ordenamento do território, ou dentro do prazo de validade fixado na respectiva licença*", pois nesses casos "*entende-se que esta é compatível com as regras de uso, ocupação e transformação do solo constantes daquele plano*".

Para o Tribunal Constitucional, em síntese, o regime estabelecido naquele diploma legal não é inconstitucional, no entendimento de que as suas normas "*se hão-de ter por integradas pelo artigo 9.° do Decreto-Lei n.° 48.051, de 21 de Novembro de 1967, por forma a impor-se ao Estado o dever de indemnizar, nos termos deste último diploma legal, os particulares que, por aplicação de tais normas, vejam «caducar» as licenças que antes obtiveram validamente*" ([30]).

Embora não tenha exigido uma cláusula de indemnização conjunta (junktim klause), na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucio-

([30]) Cfr. Ac. do TC n.° 517/99 (Conselheiro Messias Bento), disponível em *www.tribunalconstitucional.pt*.

nal alemão, o Tribunal não deixou de reconhecer o carácter indemnizável do sacrifício das faculdades urbanísticas dos titulares das licenças e aprovações que «caducaram» por força deste regime, desvalorizando inclusive a discussão sobre a natureza jurídica do *ius aedificandi*, precisamente por, nesta situação, o direito de construir já se encontrar consolidado na esfera jurídica patrimonial do proprietário do terreno.

Não vamos, aqui, reeditar a discussão sobre todos os aspetos controversos deste regime, que já fizemos noutro local ([31]), nem tão-pouco reproduzir toda a argumentação expendida na abundante doutrina e jurisprudência que sobre ele se produziu. O DL n.º 351/93 foi, aliás, tacitamente revogado com a entrada em vigor da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, ou do decurso do prazo de adaptação estabelecido no seu art. 31.º, ou ainda, no limite, do prazo de adaptação estabelecido no art. 153.º do RJIGT, na medida em que os planos regionais de ordenamento do território deixaram de ter eficácia jurídica plurisubjetiva, não vinculando diretamente os particulares, e não podem mais servir de parâmetro de validade de atos de licenciamento urbanístico.

Neste contexto, interessa-nos apenas reter da jurisprudência constitucional duas conclusões fundamentais para a compreensão da natureza jurídica do direito de construir e do âmbito da sua tutela constitucional.

A primeira, mais óbvia, porque integrada no próprio conteúdo decisório do citado acórdão n.º 517/99, no sentido de que o sacrifício de faculdades urbanísticas consolidadas por um ato de licenciamento urbanístico constitui uma expropriação de sacrifício protegida pela garantia expropriatória estabelecida no n.º 2 do art. 62.º da Constituição.

([31]) Cfr. CLAUDIO MONTEIRO (1995), *O embargo e a demolição de obras no Direito do Urbanismo*, *cit.*, pp. 177 e segs.

A segunda, implícita na apreciação feita pelo Tribunal Constitucional, e na própria lei, no sentido de que a «caducidade» ou a «revogação» dos atos de licenciamento urbanístico e demais atos análogos de controlo prévio das operações urbanísticas não constituem um efeito automático da entrada em vigor de um plano, apenas podendo resultar de expressa determinação legal ou – nas circunstâncias que já apontámos – das próprias disposições dos planos.

Esta última conclusão, que hoje nos parece definitivamente adquirida, em face do disposto nos arts. 48.º do RJUE e 143.º do RJIGT, chegou a ser controvertida na doutrina, e continua a merecer alguns desvios na jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional e dos tribunais administrativos.

O Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República chegou, inclusive, a emitir um parecer sobre a questão, concluindo no sentido oposto àquele que defendemos, ao afirmar que "*os planos municipais de ordenamento do território podem prevalecer sobre os actos administrativos validamente praticados antes da sua entrada em vigor e consigo incompatíveis*", fazendo depender essa prevalência – que designa de efeito retrospetivo das suas normas – do simples facto de o plano ter demarcado "*os pressupostos materiais ou o modo de exercício das actividades licenciadas, sem ter em conta o facto que lhe deu origem*" ([32]).

O referido parecer, que não foi homologado pelo Governo que o recebeu, havia no entanto sido solicitado pelo Governo anterior, o mesmo que aprovou o DL n.º 351/93, e que chegou a inscrever na sua Proposta de Lei de Autorização Legislativa da Lei de Bases do Ordenamento do Território um «princípio da sucessão de

([32]) Cfr. Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 68/94, de 7/2/1996, de que temos uma cópia integral, mas que estranhamente não parece estar disponível ou sequer referenciado na base de dados do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

regimes», que igualmente postulava a extinção automática dos efeitos das licenças urbanísticas anteriormente concedidas, mas ainda não materializadas.

Na sua argumentação, aquele parecer louva-se na opinião de JORGE MIRANDA sobre a constitucionalidade do DL n.º 351/93, que defende que o legislador estabeleceu como linha divisória da aplicação no tempo das normas urbanísticas o aproveitamento prático – *"a passagem a acto de direitos concedidos através da licença"* –, pelo que *"tudo se passa como se os titulares de licenças fossem considerados direitos enfraquecidos ou sob condição até à realização da obra"* ([33]).

Nesta perspetiva, que rejeitamos, apenas a materialização da obra consolidaria o direito na esfera jurídica do seu titular, pelo que qualquer plano superveniente à licença se aplicaria às atividades por ela autorizadas, fazendo-a caducar, revogando-a ou por qualquer outra forma extinguindo os seus efeitos.

Já admitimos anteriormente a possibilidade de, por motivo de interesse público urbanístico e mediante o pagamento de uma justa indemnização, o plano proceder expressamente à extinção dos efeitos das licenças anteriormente concedidas, ou de outros atos análogos de controlo prévio das operações urbanísticas, não obstante a sua natureza constitutiva de direitos e a sua tendencial irrevogabilidade à luz do Código do Procedimento Administrativo.

Mas esse é o limite que impomos ao sacrifício de faculdades urbanísticas consolidadas por atos de licenciamento urbanístico que, além de se encontrarem plenamente incorporadas no património privado do seu titular, do qual só podem ser retiradas por um ato de efeitos equivalentes a uma expropriação, gozam da proteção da confiança legítima que o seu titular deposita nas respetivas licenças e aprovações.

Esse raciocínio, como já observámos, vale não apenas para o ato de licenciamento de obras de edificação propriamente dito, mas para todos os atos análogos de controlo prévio das operações urbanísticas, incluindo, dentro dos limites da respetiva vinculação, a informação prévia favorável e a aprovação do projeto de arquitetura, que do mesmo modo são imunes à superveniência de um plano.

E este raciocínio vale obviamente também para a licença ou ato de admissão da comunicação prévia de loteamento urbano, que consolida o direito de construir de acordo com as condições especificadas no respetivo alvará ou ato de admissão e inscritas no registo predial. As condições da licença ou comunicação prévia de loteamento urbano têm inclusive natureza real, pelo que se incorporam no direito de propriedade do lote, e conferem ao seu proprietário, enquanto aquela licença ou comunicação se mantiver em vigor, o direito de obter uma licença ou comunicação prévia de obras de edificação que se conforme com elas.

Na verdade, em área abrangida por um loteamento urbano, as condições da respetiva licença ou ato de admissão da sua comunicação prévia constituem o parâmetro exclusivo do licenciamento ou da comunicação prévia de obras de edificação e da respetiva autorização de utilização, não sendo aplicáveis ao respetivo pedido ou comunicação quaisquer outras normas de planeamento posteriores à sua emissão.

Apesar de a construção não se encontrar ainda materializada, e a sua execução depender do licenciamento ou da comunicação prévia de uma operação urbanística autónoma de obras de edificação, o direito de construir constituído pelo licenciamento ou comunicação prévia da operação de loteamento é um direito subjetivo privado de natureza real, oponível *erga omnes*, que não pode ser sacrificado sem o pagamento de uma justa indemnização.

As condições da licença ou comunicação prévia de operação de loteamento podem, é certo, *"ser alteradas por iniciativa da câmara municipal*

([33]) Cfr. JORGE MIRANDA (1995), "Ordenamento do Território e Constituição (sobre a constitucionalidade do DL n.º 351/93)", in *Revista do Ministério Público* (61), p. 97.

*desde que tal alteração se mostre necessária à execução de plano municipal de ordenamento do território, plano especial de ordenamento do território, área de desenvolvimento urbano prioritário, área de construção prioritária ou área crítica de recuperação e reconversão urbanística*" (art. 48.º, n.º 1, do RJUE), mas nesse caso a pessoa coletiva que aprovar o instrumento que der causa à alteração constitui-se no dever de indemnizar o titular do alvará e demais interessados (art. 48.º, n.º 4, do RJUE).

A disposição legal citada é, aliás, a prova cabal de que o direito de construir constituído no âmbito de uma operação de loteamento urbano é imune às alterações supervenientes das normas de planeamento aplicáveis, exceto na hipótese de expropriação de sacrifício nela prevista.

O Tribunal Constitucional, infelizmente, já decidiu em sentido contrário ao aqui defendido, quando negou conferir tutela jurídica às «expectativas» resultantes de uma licença de loteamento, que inclusive tinha visto a sua compatibilidade com o Plano Regional de Ordenamento do Território do Algarve confirmada, nos termos do DL n.º 351/93, a pretexto de que a superveniência do Plano de Ordenamento da Orla Costeira do Burgau-Vilamoura impedia legalmente a concessão das respetivas licenças de obras de edificação e de utilização [34].

Confundindo a legitimidade constitucional para a aprovação do referido plano com a virtualidade de o mesmo incidir os seus efeitos sobre as referidas licenças de construção e de utilização, o Tribunal entendeu que não existiam razões legítimas ou fundadas para que o particular pudesse confiar nas expectativas geradas pelas licenças camarárias que lhe foram concedidas, entendendo também, mas fazendo tábua rasa do citado art. 48.º do RJUE, que nem sequer aprecia ou refere, que "*não poderiam ter gerado tais expectativas os actos anteriores, de licença de loteamento e de declaração da compatibilidade com o PROTAL, dada a diferente incidência que tinha quanto à possibilidade de construção*".

A questão, porém, não estava, e não está, na inconstitucionalidade absoluta da norma do Plano de Ordenamento da Orla Costeira que estabelece para futuro a proibição de construir nas áreas nele definidas, mas na inconstitucionalidade daquela norma, quando interpretada no sentido de que ela pode impor aquela proibição, sem direito a indemnização, naqueles casos em que o direito de construir foi consolidado por uma licença de loteamento e faz parte integrante do património privado do proprietário do respetivo lote.

Claudio Monteiro

[34] Cfr. Ac. do TC n.º 496/2008 (Conselheira Maria Lúcia Amaral), disponível em *www.tribunalconstitucional.pt*.